

Grondslagen van het recht op verdediging

Citation for published version (APA):

Spronken, T. N. B. M., & Prakken, E. (2001). Grondslagen van het recht op verdediging. In C. H. Brants, P. A. M. Mevis, & E. Prakken (Eds.), *Legitieme strafvordering, Rechten van de Mens als inspiratie in de 21e eeuw* (pp. 57-74). Intersentia Rechtswetenschappen.

Document status and date:

Published: 01/01/2001

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Grondslagen van het recht op verdediging

E. Prakken en T. Spronken

1 Inleiding

In de inleiding op deze bundel is aangegeven dat het vooral aan de Verlichting te danken is dat de inquisitoire strafprocessen op het continent van Europa aanzienlijke hervormingen hebben ondergaan. Sindsdien is externe openbaarheid uitgangspunt, zijn modaliteiten van interne openbaarheid ingevoerd en is de verdachte niet langer uitsluitend voorwerp van onderzoek maar wordt hij tot op zekere hoogte ook als rechtssubject en als autonome procespartij erkend. Om aan zijn positie van rechtssubject en procespartij inhoud te kunnen geven heeft hij het recht zich te doen bijstaan door een raadsman, die daartoe een aantal processuele bevoegdheden heeft gekregen.¹ De inquisitoire structuur van het continentale strafproces is daarmee niet overboord gegooid maar gemitigeerd, gerationaliseerd en gehumaniseerd. De ingevoerde contradictoire elementen zijn sindsdien gemeengoed geworden in de strafrechtelijke doctrine, maar hebben de rolposities van de professionele deelnemers aan het strafproces er niet duidelijker op gemaakt. Die hebben in ons strafproces, dat sinds de invoering van meer contradictoire noties als gematigd accusatoir of gematigd inquisitoir wordt getypeerd, in wezen hun 'inquisitoire karakter' behouden.

In een poging wat meer helderheid te krijgen over de actuele en wenselijke positie van de verdediging in het strafproces zullen wij de rolpositie van de verdachte en zijn raadsman (en waar nodig die van andere procesdeelnemers) bezien in het kader van de in deze bundel centraal staande begrippen participatie, transparantie en *accountability*, wat zal resulteren in een paar conclusies.

2 Onduidelijke rolposities

In een inquisitoire procesvorm wordt van alle professionele procesdeelnemers verwacht dat hun activiteiten gericht zijn op een goed inhoudelijk correct resul-

¹ Zie voor een uitgebreide bespreking van de bevoegdheden van de raadsman: Taru Spronken, *Verdediging*, dissertatie, Deventer: Gouda Quint, 2001, hoofdstuk 2. Op het moment van het ter perse gaan van dit artikel was deze dissertatie eveneens nog ter perse; daarom kon niet naar pagina's, maar alleen naar hoofdstukken en paragrafen worden verwezen.

taat wat de materiële waarheidsvinding aangaat.² Dit uitgangspunt is nog steeds overheersend en geldt zowel voor de rechter als hoofdverantwoordelijke, als voor de officier van justitie en de raadsman. Ook van deze laatste wordt verwacht dat hij meewerkt aan de materiële waarheidsvinding voorzover dat in het belang van de verdachte is en dat hij de rechtmatige waarheidsvinding niet belemmert.³ De discussie over de vraag of de verdediging misbruik kan maken van haar verdedigingsrechten houdt nauw verband met de vraag of deze rechten verbonden zijn met de waarheidsvinding.⁴ Knigge is van mening dat een gebruik van verdedigingsrechten, dat in redelijkheid niet kan bijdragen aan de juiste beoordeling van de zaak of het ontkrachten van de tegen de verdachte ingebrachte bezwaren, niet het verdedigingsbelang dient en door de rechter kan worden aangemerkt als misbruik. Volgens Knigge zijn de verdedigingsrechten niet gegeven voor het bewerken van een vrijspraak van een schuldige verdachte.⁵

Voorzover de raadsman door zijn partijdige positie niet kan of wil meewerken aan het vinden van de waarheid, of geacht wordt hiervoor een gevaar op te leveren, wordt in de inquisitoire procesvorm de 'oplossing' gekozen van uitsluiting van de verdediging. Dit wordt voor de verdachte niet zo erg geacht, omdat zijn belangen toch door de rechter en officier van justitie worden behartigd. Deze rolverdeling is een wezenlijk andere dan de rolverdeling in een adversaire procesvorm, waaraan de bovengenoemde contradictoire elementen zijn ontleend, die in het Wetboek van Strafvordering van 1926 zijn ingevoerd. Een adversaire procesvorm gaat uit van de procedurele gelijkwaardigheid van de verdachte en de vervolgende instantie en van de legitimiteit van de behartiging van partijbelangen. De rechter is uitsluitend verantwoordelijk voor de procedurele rechtvaardigheid en de straftoemeting; de materiële waarheidsvinding wordt aan een jury overgelaten. De invoering van contradictoire elementen met een gelijktijdig vasthouden aan inquisitoire uitgangspunten maakt de rolposities van de procesdeelnemers gecompliceerder. Met name de officier van justitie en de rechter krijgen dubbele functies die vaak moeilijk in één rol te verenigen zijn. Een officier van justitie vervolgt, maar wordt daarbij geacht onpartijdig en objectief te zijn en dient ook rekening te houden met de legitieme belangen van de ver-

2 Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority; A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 173-178.

3 Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting*, Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Tilburg/Groningen 2000, Algemeen Deel, p. 35 waarin zij schrijven: 'Uit het grondpatroon van de strafvordering vloeit voort dat van de raadsman nooit kan worden gevergd dat hij informatie produceert die belastend is voor zijn cliënt. Maar evenzeer is van belang dat de raadsman een belangrijke bijdrage kan leveren aan de materiële waarheidsvinding door het tegen de verdachte ingebrachte onderzoeksmateriaal kritisch te weerspreken en, zoveel mogelijk gemotiveerd, te bestrijden. Langs deze weg kan de taak van de raadsman worden gefundeerd in de eerder uiteengezette doeleinden van het strafproces. Vanuit deze oriëntatie is het voorts onomstreden dat de raadsman de overheid niet mag *hinderen* bij het vinden van de waarheid.'

4 Zie Spronken, a.w., § 2.7 e.v.

5 G. Knigge, Misbruik uitgesloten?, *RM Themis*, 2000, p. 2.

dachte.⁶ Een rechter-commissaris doet onderzoek, zowel voor de officier van justitie, als voor de zittingsrechter, als voor de verdachte en moet daarnaast de correcte toepassing van dwangmiddelen controleren. De zittingsrechter is zowel verantwoordelijk voor het vinden van de materiële waarheid en de bewijsbeslissing, als voor de controle van de rechtmatigheid van het optreden van de opsporende en vervolgende instanties en moet ook toezien op de procedurele rechtvaardigheid, oftewel het contradictoire gehalte van de procedure. De raadsman wordt geacht op te komen voor zijn cliënt, maar mag er op allerlei belangrijke momenten niet bij zijn, zoals bijvoorbeeld tijdens het politieverhoor. In de situaties waarbij de raadsman wordt uitgesloten, worden de officier van justitie en de rechter geacht de belangen van de verdachte voldoende te kunnen waarnemen. In feite kan door de invulling van de rol van de officier van justitie en de rechter de rol van de raadsman worden uitgeschakeld.

Die onduidelijke rolposities, die vanaf de negentiende eeuw in het continentale proces zijn ingebouwd, zijn er aan het eind van de twintigste eeuw bepaald niet duidelijker op geworden. Ten gevolge van de opkomst van de pro-actieve opsporing gericht op de georganiseerde criminaliteit is het belang van justitie bij geheimhouding binnen het vooronderzoek groter geworden en zijn de controle-mogelijkheden navenant afgenomen. Daartegenover beroept de verdediging zich stelselmatig op de contradictoire rechten van artikel 6 EVRM, waarop het OM zich steeds partijdiger opstelt.⁷ Een veel verdere polarisatie tussen vervolging en verdediging dan een jaar of vijfentwintig geleden is een feit en de rechter reageert daarop door enerzijds meer de rechtmatigheid van de opsporing te toetsen aan verdragsnormen en beginselen van een behoorlijk proces⁸ en anderzijds een afwachtender houding aan te nemen wanneer de verdediging op een bepaald punt geen verweer voert.⁹ In die zin is een ontwikkeling zichtbaar in de richting van een adversaire procespraktijk met een lijdelijke rechter. Deze ontwikkeling geldt echter uitsluitend de *controle* op de waarheidsvinding en niet zozeer de waarheidsvinding zelf, die in toenemende mate plaatsvindt in het opsporingsonderzoek, buiten de professionele procespartijen om. De zittingsrechter toetst en controleert het optreden van de opsporende en vervolgende instanties en verbindt strafprocessuele consequenties aan het niet naleven van vormen in het vooronderzoek (artikel 359a). Het onderzoek ter terechtzitting is vooral gericht op verificatie van het bewijsmateriaal en het controleren van de rechtmatigheid van opsporingsgedrag. Ook de activiteiten van de verdediging zijn meer dan vroeger gericht

6 Zie E. Myjer, Een handleiding bij open deuren: de gedragscode OM, *Nieuwsbrief Strafrecht*, 2000, p. 210-211.

7 Spronken, *a.w.*, § 1.10.5.

8 Zie ook J.F. Nijboer, *De taken van de strafrechter*, Deventer: Gouda Quint, 2000, hoofdstuk 1.

9 Zie T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad*, Arnhem: Gouda Quint 1989; A.A. Franken en T. Prakken, Verdediging in strafzaken: oproep tot een grondslagendiscussie, *NJB* 1999, p. 1635-1639; Spronken, *a.w.*, § 1.10.4. Knigge en Groenhuijsen willen deze ontwikkeling verder institutionaliseren, zie Knigge en Groenhuijsen, *a.w.*, Algemeen Deel, p. 32-34 en M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het vooronderzoek in strafzaken, Algemeen deel*, concept tweede interimrapport Strafvordering 2001, verspreid ter gelegenheid van het tweede congres van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, gehouden op 23 november 2000 in Tilburg. p. 18.

op de procedure en op de normering van de opsporing, dan op de inhoud van het bewijs: daar valt voor de verdediging immers vaak het meeste te halen.¹⁰

Zeker is dat het milde, paternalistische¹¹ maar procesrechtelijk zwakke Nederlandse strafproces drastisch veranderd is onder invloed van de geschetste ontwikkelingen: de mildheid is goeddeels verdwenen en het paternalisme neemt af. Daarbij blijkt tussen de structuur van het EVRM en het moderne inquisitoire strafproces toch een aantal spanningen te bestaan, die juist ten aanzien van de positie van de verdediging hele lastige dilemma's opleveren. Sommige elementen van een eerlijk proces die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, zoals het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter, de presumptie van onschuld, het zwijgrecht en het *nemo tenetur* beginsel zijn goed inpasbaar in de Nederlandse strafprocessuele structuur. Het zijn met name de contradictoire noties van artikel 6 EVRM die samenhangen met het recht op verdediging, zoals het beginsel van *equality of arms* (dat in feite niets anders is dan een recht op participatie), die leiden tot spanningen.¹² Bedoeld zijn het recht op aanwezigheid van een raadsman tijdens het politieverhoor van de verdachte, het recht van de verdachte zich voorafgaand aan dat politieverhoor door een raadsman te laten adviseren en het recht op aanwezigheid van verdachte en/of raadsman tijdens de eerste verhoren van getuigen door de politie. Ter vermijding van misverstanden: dit zijn niet allemaal rechten die als zodanig in de rechtspraak van het EHRM onverkort erkend worden, maar rechten die heel goed onder artikel 6 EVRM gebracht zouden kunnen worden en waaraan bij de verdediging behoefte bestaat.

De vraag is in wezen of het mensenrechtendiscours tegenover de nieuwe opsporing een vergelijkbare rol kan spelen die de Verlichting heeft gespeeld ten aanzien van het verouderde irrationele en inhumane proces van voor de Franse Revolutie. Misschien is die taak nu wel moeilijker, juist omdat het *ancien régime* zichzelf politiek had overleefd terwijl het nu gaat om nieuwe ontwikkelingen in de criminaliteitsbestrijding waarover men politiek, moreel en juridisch verschillend kan denken, maar die wel overal ter wereld opgeld doen en die dus in die zin geen anachronisme zijn. De middeleeuws aandoende processen van het Frankrijk onder het absolutisme waren dat in de tijd van het opkomend natuurrecht en rationalisme ongetwijfeld wel.

3 Participatie

Participatie veronderstelt een actieve betrokkenheid van de verdediging, dat wil zeggen van de verdachte samen met zijn raadsman in de gevallen waarin hij er een heeft, bij de vervolging en berechting. Participatie is in ons strafproces

10 Zie E. Cape en T.N.B.M. Spronken, Proactive policing: limiting the role of the defence lawyer, in: S. Field en C. Pelser, *Invading the Private: State Accountability and New Investigative Methods in Europe*, Aldershot: Ashgate, 1998, p. 291-322, m.n. p. 298.

11 Zie hierover de inleidende bijdrage van C.H. Brants, P.A.M. Mevis en E. Prakken in deze bundel, p. 1-22.

12 Zie Spronken, *o.w.*, § 4.2.

vooral ingevuld als mogelijkheid tot controle achteraf. De verdediging mag uiteindelijk, zij het met een toenemend aantal uitzonderingen, over het hele dossier beschikken en daar commentaar op leveren. Daartoe kunnen ook nog extra getuigen worden gehoord wanneer het dossier daartoe aanleiding geeft, hetzij door overblijvende vragen ten aanzien van het bewijs, hetzij door gerezen twijfels over de rechtmatigheid van de wijze waarop dat bewijs is verzameld. Een van de problemen waar de verdediging mee te maken krijgt, is dat een dergelijke controle achteraf veel minder effectief is dan participatie op de cruciale momenten waarop de waarheidsvinding plaatsvindt: vooral de eerste verhoren van zowel getuigen als de verdachte. En daar is de verdediging doorgaans van participatie uitgesloten. Het is regel dat de politie relevante getuigen eerst hoort, waarna op verzoek van de verdediging of een enkele keer op verzoek van de rechter(-commissaris) die getuige nog een tweede of derde keer ondervraagd kan worden in bijzijn van de raadsman en/of de verdachte zelf. Tijdens zo'n nader verhoor komt nog wel eens iets nieuws aan het licht, maar een getuige die zijn eerdere verklaring drastisch wijzigt tijdens een volgend verhoor maakt geen grote kans geloofd te worden, terwijl de rechter in principe vrij is die verklaring te gebruiken die hij het meest geloofwaardig acht, en dat is meestal de eerste.

Nu is het natuurlijk wel begrijpelijk dat de politie en het OM behoefte hebben aan verklaringen voordat een vervolging wordt ingesteld. Buiten heterdaad zijn getuigenverklaringen de meest gangbare manier om tot een redelijk vermoeden van schuld of tot ernstige bezwaren te komen die voor een vervolging, respectievelijk de toepassing van voorlopige hechtenis nodig zijn. Zolang er geen verdachte is, is er doorgaans geen raadsman, die zich in die gevallen dan ook niet kan beklagen dat hij bij die eerste getuigenverhoren niet aanwezig kon zijn. Maar ook buiten de gevallen waarin de verdenking nog onvoldoende gesubstantieerd is, worden erg veel getuigen door de politie gehoord zonder dat de raadsman de gelegenheid krijgt daarbij aanwezig te zijn. De verhoren waar hij vervolgens wel bij kan zijn hebben dan vaak het karakter van een rituele herhaling, omdat het EHRM nu eenmaal wil dat de verdediging de gelegenheid krijgt belangrijke getuigen à charge te ondervragen. Een substantiële bijdrage aan de waarheidsvinding leveren die rituele verhoren zelden op. Dat zou belangrijk anders kunnen zijn wanneer de verdediging bij eerste verhoren van getuigen aanwezig zou kunnen zijn. Daar wordt de zaak in de context geplaatst, daar wordt de toon gezet van de gebeurtenis zoals door de getuige waargenomen. Daar kan de verdachte of zijn raadsman een bijdrage hebben die meer dan cosmetisch is, door de goede vragen te stellen aan een getuige die zich nog niet door zijn eerdere verklaring gebonden acht en die nog open staat voor allerlei kleuring van de door hem waargenomen werkelijkheid. De verdediging zou er daarom inhoudelijk aanzienlijk mee geholpen zijn wanneer zij het recht zou hebben om alle getuigenverhoren bij te wonen vanaf het moment dat de verdenking vaststaat. Wanneer in principe alleen verklaringen, afgelegd in bijzijn van de verdediging voor het bewijs gebruikt zouden kunnen worden, zou dat een gunstige verschuiving van het strafproces naar de zitting of eventueel naar het GVO betekenen. Een uitzondering in enige vorm is aanvaardbaar voor het horen

van bedreigde getuigen. Een dergelijke verschuiving naar de zitting is niet teveel gevraagd in het licht van het EVRM, gezien de stelselmatige herhaling door het EHRM dat in beginsel alle bewijs ten overstaan van de verdachte ter zitting geleverd moet worden,¹³ waarna vervolgens, in de vorm van veronderstelde processuele compensaties, uitzonderingen worden toegestaan, kennelijk om de continentale processen te 'redden'. Deze contradictie binnen de rechtspraak van het EHRM toont al aan dat ook in Straatsburg geworsteld wordt met het probleem van de inpassing van een effectieve verdediging in de strafprocessen uit de inquisitoire traditie.

Werkelijke participatie betekent dat de verdediging de mogelijkheid moet hebben het onderzoek een bepaalde richting in te sturen en, voor zover het gaat om controle van het door de politie gestuurde onderzoek, dat die controle plaatsvindt op een moment dat het nog anders kan. Dat laatste geldt zeker ook voor andere onderzoekshandelingen dan het horen van getuigen. Neem het voorbeeld van een Oslo-confrontatie. Nu is het gebruikelijk dat zo'n keuzeconfrontatie plaatsvindt zonder aanwezigheid van de raadsman, die dan vervolgens commentaar achteraf kan leveren wanneer de foto's die van de confrontatie zijn gemaakt in het dossier zitten (wat niet altijd automatisch het geval is, soms moet daar om gevraagd worden). Dat is een heel andere controle dan de controle die de raadsman zou kunnen uitoefenen wanneer hij bij de confrontatie zelf aanwezig was: dan kan hij opmerkingen maken over de opstelling en de figuranten die nog kunnen leiden tot bijstellingen, dan kan hij dus echt een bijdrage hebben aan een eerlijk proces. Dergelijke aanwezigheid is niet verboden en soms gebeurt het ook wel, maar het is niet als recht van de verdediging erkend en er is geen verplichting de raadsman van confrontaties of andere belangrijke opsporingshandelingen zoals reconstructies op de hoogte te stellen. En vooral: als de raadsman niet behoorlijk is opgeroepen staat dat aan gebruik voor het bewijs niet in de weg.

Het verschil in effectiviteit van het optreden van de raadsman vooraf of achteraf geldt nog sterker voor het verhoor van de verdachte zelf. Het is onbegrijpelijk dat bij ons de verdachte noch het recht heeft zich tijdens zijn verhoor door de politie door een raadsman te laten bijstaan, noch het recht zich voorafgaand aan het eerste verhoor door zijn raadsman te laten adviseren.¹⁴ Beide rechten zijn noodzakelijk om de verdachte een eerlijke kans in zijn proces te geven en om aan zijn zwijgrecht een zinvolle inhoud te geven, iets waartoe nu alleen de door de wol geleverde verdachten in staat zijn. Het kan in redelijkheid toch niet worden volgehouden dat die categorie van verdachten een hogere graad van bescherming zouden moeten hebben dan de naïeve verdachte die voor de eerste keer in handen van de politie valt. Juridisch en ethisch is dat in ieder geval niet vol te houden, misschien praktisch opportunistisch wel, met een redenering in de trant van: de harde jongens verklaren toch niet, met of zonder advocaat; maar dat is nog geen reden om op de minder harde verdachten niet de

¹³ Zie bijvoorbeeld: EHRM 24 november 1984, Unterpertinger, NJ 1988, 745; EHRM 20 november 1989, Kostovski, NJ 1990, 245; EHRM 23 april 1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635.

¹⁴ Zie Spronken, *a.w.*, § 1.9 e.v. en § 2.11.7.

nodige druk uit te oefenen om hen tot het afleggen van een verklaring te bewegen. Want dat er druk uitgaat van een verhoor waarin de verdachte alleen is met de politie, behoeft geen betoog. Ook niet volgens de onderzoekers van Strafvordering 2001, de meest recente verdedigers van handhaving van het systematisch *niet* toelaten van de raadsman bij het politieverhoor.¹⁵ De auteurs verwerpen met zoveel woorden het standpunt van het *Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment* van de Raad van Europa (CPT), dat aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor bepleit naast audiovisuele controle, maar nadrukkelijk niet ter vervanging van de raadsman. In het concept rapport over het vooronderzoek van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 worden wel video-opnames van alle politieverhoren bepleit, maar ter vervanging van de raadsman tijdens het verhoor (contact voorafgaand aan het verhoor moet volgens de onderzoeksgroep wel worden toegestaan). 'Vervanging' van de aanwezigheid van de raadsman door verplichte video-opnames van die verhoren teneinde discussie over de vraag of ongeoorloofde druk is uitgeoefend op basis van feiten te kunnen voeren, is niet meer of minder dan een officiële erkenning dat er ook geoorloofde druk op de verdachte kan worden uitgeoefend om een verklaring af te leggen. Door de onderzoekers van het project Strafvordering 2001 blijft de bekentenis kennelijk gezien worden als *corona probationis*, voor het verkrijgen waarvan de raadsman er beter niet bij kan zijn, omdat 'de op waarheidsvinding gerichte functie van het verhoor moet worden behouden'.¹⁶

Door de problematiek van rechtsbijstand bij het eerste politieverhoor te reduceren tot het vermijden van *ongeoorloofde druk*, worden de belangen van de verdediging onaanvaardbaar op achterstand gesteld, op een manier die ons in strijd lijkt te zijn met de gedachte van *equality of arms* en *fair trial*. Participatie van de verdediging in deze cruciale procesfase is volgens ons wel het minste om te kunnen voldoen aan de eis, meermalen door het EHRM herhaald, dat de verdediging over rechten moet beschikken die praktisch en effectief zijn.¹⁷ In dit verband kan ook gewezen worden op een uitspraak van het Joegoslavië Tribunaal, dat de aanwezigheid van de raadsman gedurende de ondervraging van de verdachte in het vooronderzoek beschouwt als een internationaal erkend mensenrecht.¹⁸ Anderzijds is het hardnekkig niet toestaan van juist deze vorm van participatie een duidelijk teken dat het niet de bedoeling is dat ons strafproces serieuze adversaire elementen krijgt en dat de verdachte als volwaardige procespartij wordt erkend: hier zit blijkbaar de harde kern van het inquisitoire proces, waarin de verdachte zelf als bron van waarheidsvinding een centrale positie blijft innemen.

15 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Het vooronderzoek in strafzaken, *a.w.*, p. 51-55.

16 M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, 2000, *a.w.*, p. 54.

17 Zie bijvoorbeeld EHRM 22 september 1994, Pelladoah, NJ 1994, 733 en de hierna besproken uitspraken van het EHRM in de zaken Schöps, Garcia Alva en Lietzow.

18 Joegoslavië Tribunaal 2 september 1997, Decision on the Defence Motion to Exclude Evidence, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, besproken door G.K. Sluiter, Recht op aanwezigheid van de raadsman tijdens politieverhoor absoluut vereiste voor toelating bewijs, *NJCM-Bulletin*, 1998, p. 75-87.

4 Transparantie en accountability en de effectiviteit van verdedigingsrechten

Transparantie is in de eerste plaats bijna synoniem met openbaarheid. Interne openbaarheid is voor de verdediging van levensbelang. Alleen kennisname van de bron(nen) van de belastende informatie met alle daarbij behorende details maakt een effectieve controle van de betrouwbaarheid hiervan en het voeren van verweer mogelijk. Deze interne openbaarheid, die de voorwaarde is voor een effectieve verdediging en voor de *accountability* van de vervolgende instantie, staat op de tocht.¹⁹ De belangen van de bedreigde getuige en het zwaarwegend opsporingsbelang winnen het steeds meer van het belang van de verdachte om te weten wat voor bezwarend materiaal er tegen hem is en waar dat vandaan komt. Voor een afweging met de grondrechten van andere betrokkenen bij het proces zoals de getuige valt in principe wel begrip op te brengen, mits de hieruit voortvloeiende beperkingen van de verdediging omgeven worden door effectieve compensaties, zodat het nooit op een geheim proces gaat lijken. Principieel anders ligt dat bij het opsporingsbelang, dat immers een belang van 'de tegenpartij' is. Respectering daarvan ten koste van de verdediging schaadt niet alleen de verdachte, het 'bevoordeelt' ook het OM, dat voor het geheim gehouden deel van de opsporing geen openbare verantwoording hoeft af te leggen.

Recentelijk heeft het EHRM in een drietal zaken tegen Duitsland principiële uitspraken gedaan over het belang van interne openbaarheid in het kader van de rechterlijke toetsing van de voorlopige hechtenis.²⁰ In alle drie de zaken werd de verdediging geen volledige inzage gegeven in de processtukken die ten grondslag lagen aan de bevelen voorlopige hechtenis vanwege collusiegevaaren opsporingsbelangen. In deze zaken overweegt het EHRM – voor het eerst expliciet²¹ – dat de garanties van een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM van toepassing zijn op de procedure van de rechterlijke toets van de voorlopige hechtenis ex artikel 5 lid 4 EVRM. Daarmee wordt de tendens bevestigd dat de garanties van artikel 6 EVRM zich ook uitstrekken tot belangrijke momenten in het vooronderzoek die hun schaduwen vooruit werpen op het onderzoek ter terechtzitting.²² Het EHRM overweegt in alle drie de zaken: 'A court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure. The proceedings must be adversarial and must always ensure "equality of arms" between the parties, the prosecutor and the detained person. Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention.'

19 Zie hierover de bijdrage van D.M.H.R. Garé in deze bundel, p. 103-118.

20 EHRM 13 februari 2001, Schöps, EHRC 2001, nr. 21; EHRM 13 februari 2001, Garcia Alva, nr. 23541/94 en EHRM 13 februari 2001, Lietzow, nr. 24479/94.

21 Impliciet was dit al het geval in de zaken Lamy tegen België, EHRM 30 maart 1989, Series A, 151 en Nikolova tegen Bulgarije, EHRM 25 maart 1999, Reports 1999-II.

22 Dit is reeds eerder door het EHRM uitgemaakt onder andere in de zaak Imbrioscía tegen Zwitserland, EHRM 24 november 1993, Series A, 275, § 36.

In de zaak Schöps maakt het EHRM duidelijk hoe belangrijk het is dat de verdediging niet alleen mondeling of door een samenvatting geïnformeerd wordt over de belastende informatie die ten grondslag ligt aan de beschuldigingen die de aanleiding vormen voor de voorlopige hechtenis, maar ook kennis kan nemen van de bronnen waarop deze informatie wordt gebaseerd: 'In the Courts opinion it is hardly possible for an accused to properly challenge the reliability of such an account without being made aware of the evidence on which it is based. This requires that the accused be given a sufficient opportunity to take cognisance of statements and other pieces of evidence underlying them, such as the results of the police and other investigations, irrespective of whether the accused is able to provide any indication as to the relevance for his defence of the pieces of evidence which he seeks to be given access to.'

Legitieme opsporingsbelangen kunnen volgens het EHRM niet zwaarder wegen dan een effectieve uitoefening van de verdedigingsrechten, zo wordt overwogen in de zaken Garcia Alva en Lietzow: 'The Court is aware that the Public Prosecutor denied the requested access to the file documents on the basis of Article 147 § 2 of the Code of Criminal Procedure, arguing that to act otherwise would entail the risk of compromising the success of the on-going investigations, which were said to be very complex and to involve a large number of other suspects (...). The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer.'

De wijze waarop de transparantie in een strafproces wordt vormgegeven is ook verbonden met de bij het proces betrokken rolposities. In het inquisitoire strafproces bestaat de neiging een gebrek aan transparantie voor de verdediging te compenseren door rechterlijke toetsing. Alhoewel het onthouden van informatie aan de verdediging uit oogpunt van een recht op een eerlijk proces altijd problematisch is en het maar de vraag is of beperkingen van de verdediging wel kunnen worden gecompenseerd door rechterlijke toetsing,²³ is een dergelijke toetsing in een processysteem waarbij de rechter geen bemoeienis heeft met de uiteindelijke bewijsbeslissing, maar slechts met de behoorlijkheid van de procedure, minder problematisch dan bij een procedure waarin de rechter een oordeel moet geven over het bewijs en de schuldvraag. Dit kan worden verduidelijkt aan de hand van de uitspraak van het EHRM in de zaak Fitt tegen het Verenigd Koninkrijk.²⁴ In deze belangrijke zaak ging het om door de politie achtergehouden onderzoeksmateriaal dat niet voor het bewijs werd gebruikt maar waarvan de

23 Zie EHRM 23 april 1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635.

24 EHRM 16 februari 2000, Fitt, EHRC 2000, p. 280.

verdediging *disclosure* had gevraagd, wat de politie weigerde op grond van een – vrij naar de Nederlandse situatie vertaald – zwaarwegend onderzoeksbelang. De rechter besloot dat de verdediging geen inzage in het materiaal zou krijgen omdat door het achterhouden van deze informatie geen verdedigingsbelang was geschonden. De rechter beloofde op dit oordeel terug te komen zodra gedurende de loop van het proces duidelijk zou worden dat het materiaal wel van belang voor de verdediging zou zijn. Precies om die reden nam het EHRM geen schending van artikel 6 EVRM aan, anders dan in een vergelijkbare zaak Jasper versus Verenigd Koninkrijk,²⁵ waarin hetzelfde probleem speelde maar de politie geen toestemming had gevraagd aan de rechter en de rechter dus ook niet kon toetsen of het materiaal op enig moment wel van belang zou worden voor de verdediging.

Deze oplossing voor een typisch probleem van het pro-actieve tijdperk is in de Engelse situatie, omdat de rechter daar niet over de bewijslevering hoeft te beslissen en door deze procedurele toets dus geen kennis opdoet die hij later niet mag gebruiken met alle dubbelzinnigheid van dien, minder problematisch dan bij ons. Het is een situatie die ook makkelijk in Nederland voor kan komen: er is materiaal uit pro-actief onderzoek dat niet nodig is voor het bewijs maar dat wel van belang voor de verdediging kan zijn omdat het een licht zou kunnen werpen op de wijze waarop het onderzoek heeft plaatsgehad. Het EHRM acht het aanvaardbaar dat onder dergelijke omstandigheden een rechter beslist over het achterhouden van onderzoeksresultaten, mits de rechter hierbij de belangen van de verdediging in het oog houdt. Een dergelijke oplossing is in ons systeem echter niet mogelijk omdat het niet de bedoeling is dat de zittingsrechter over méér informatie beschikt dan de verdediging.²⁶

Zoals hiervoor al gezegd is het uitgangspunt dat de rechter of officier van justitie beperkingen van de verdedigingsrechten zouden kunnen compenseren, met het oog op een adversaire behandeling van een strafzaak uiterst problematisch. Een contradictoire behandeling bestaat immers bij de gratie van een (intern) openbaar debat waarin de verschillende procesdeelnemers, ieder vanuit hun eigen achtergrond, invalshoek en belangen een bijdrage leveren. Nog afgezien van de vraag of de rechter of officier van justitie wel in staat zijn om de rol van de verdediging te absorberen, is het 'debat', dat in een dergelijke situatie wordt verplaatst naar het hoofd van de rechter of officier van justitie, nauwelijks controleerbaar en al helemaal niet openbaar. Dat betekent dat het compenseren van gebreken in de interne openbaarheid door een rechterlijke toetsing onvermijdelijk leidt tot een meer geheime procedure. Uit de Straatsburgse jurisprudentie kan worden afgeleid dat irrelevant materiaal voor de verdediging weliswaar niet bekend hoeft te worden gemaakt, als daardoor opsporingsbelangen worden geschaad,²⁷ maar dat dat anders ligt als het gaat om ontlastend

²⁵ EHRM 16 februari 2000, Jasper, nr. 27052/95.

²⁶ Zie bijvoorbeeld HR 20 april 1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 111 en HR 30 juni 1998, NJ 1999, 88.

²⁷ EHRM 16 februari 2000, Fitt, EHRC 2000, p. 280.

of belastend bewijsmateriaal of informatie die anderszins van belang is voor de uitkomst van de procedure. In dergelijke situaties worden inbreuken op de interne openbaarheid nauwelijks getolereerd, juist met het oog op een *adversarial trial*.²⁸

Een andere vorm van compensatie van beperkingen in de interne openbaarheid wordt gezocht in de constructie dat uitsluitend de raadsman een bepaalde onderzoekshandeling (bijvoorbeeld getuigenverhoor) mag bijwonen of mag kennismaken van informatie. De problematische kanten die voor de relatie tussen de raadsman en de verdachte aan dit soort constructies kleven, worden hierna in § 5 besproken. Uit oogpunt van een adversaire behandeling lijken dergelijke constructies door het EHRM te worden aanvaard.²⁹ Hierbij moet echter worden opgemerkt dat het EHRM de uitoefening van de verdedigingsrechten beziet vanuit de positie van de verdediging in zijn geheel en toetst of deze rechten effectief konden worden uitgeoefend, los van de vraag of deze nu door de verdachte of de raadsman worden uitgeoefend.³⁰ Deze benaderingswijze houdt in dat het goed mogelijk is dat de rechten van de verdediging voldoende zijn gerespecteerd wanneer alleen de advocaat in de gelegenheid is geweest deze uit te oefenen. Of dit daadwerkelijk het geval is geweest hangt echter steeds af van de specifieke omstandigheden van het geval. Hoezeer het feitencomplex relevant is voor de beoordeling of rechten alleen aan de raadsman kunnen worden toegekend, blijkt uit de zaak Foucher tegen Frankrijk.³¹ In Frankrijk wordt inzage in het strafdossier alleen aan advocaten toegestaan. In deze zaak stelt het EHRM vast dat Foucher zijn eigen verdediging wenste te voeren, waartoe hij volgens het Franse recht en de Conventie gerechtigd was. Omdat zijn veroordeling uitsluitend was gebaseerd op processen-verbaal uit het dossier, had Foucher, ook al had hij geen advocaat, inzage moeten krijgen in deze stukken en kopieën ervan moeten ontvangen om in staat te worden gesteld deze processen-verbaal te betwisten.

Uit het voorgaande blijkt dat transparantie en participatie, zijnde voorwaarden voor een contradictoire procedure, vertroebeld kunnen worden door diffuse rolverdelingen tussen procesdeelnemers. Rechters kunnen niet als 'raadsman-plaatsvervangers' belast worden met de behartiging van de belangen van de verdachte, net zo min als van het OM verwacht mag worden dat het voor de materiële belangen van de verdediging opkomt. Dit betekent niet dat de rechter of officier van justitie geen rekening zou moeten houden met de belangen van de verdediging. Deze verantwoordelijkheid ligt echter meer op het vlak van het garanderen van de procedurele voorwaarden voor een effectieve verdediging en een eerlijk proces, dan op het vlak van de behartiging van de materiële belangen

28 Zie voor ontlastend materiaal EHRM 16 december 1992, Edwards, Series A, vol. 252 en voor belastend materiaal bijvoorbeeld EHRM 23 april 1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635 en de hierboven aangehaalde uitspraken Schöps, Lietzow en Garcia Alva.

29 Zie bijvoorbeeld EHRM 26 maart 1996, Doorson, NJ 1996, 741 en ECRM 9 september 1998, Ayyildiz, nr. 35138/97.

30 Zie Spronken, *a.w.*, § 2.11.8.

31 EHRM 18 maart 1997, Foucher, Reports 1997-II.

van de verdachte. De rechter heeft de verantwoordelijkheid om zodanig procedurele voorwaarden te scheppen dat de verdedigingsrechten effectief kunnen worden uitgeoefend.

5 Verheldering van de positie van de verdediging

Aan de verdediging – aan verdachte en raadsman dus – komt volgens de wet een aantal rechten toe. De verdachte heeft als belangrijkste rechten het recht op bijstand van een advocaat (artikel 28) en het recht te zwijgen (artikel 29). Overigens sluiten deze rechten niet goed bij elkaar aan, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit de omstandigheid dat de verdachte, daar waar hij het meest behoefte zal hebben zijn zwijgrecht te effectueren, namelijk tijdens de politieverhoren, niet het recht heeft zich te laten bijstaan door een raadsman.³²

De rechten van de raadsman omvatten in de eerste plaats een aantal procesuele rechten, zoals het recht om in het gerechtelijk vooronderzoek (artikel 241b) en ter zitting (artikel 331) alle bevoegdheden van de verdachte namens hem te kunnen uitoefenen, om, zij het met afzonderlijke machtiging, namens de verdachte rechtsmiddelen te kunnen instellen (artikel 450 lid 1), om kennis te nemen van de processtukken (artikel 51 lid 1) en afschriften te ontvangen van al die stukken die ter kennis van de verdachte gebracht moeten worden (artikel 51 lid 2).

Een tweede categorie rechten van de raadsman zijn de hem toegekende privileges, zoals het vrije verkeer met de gedetineerde verdachte (artikel 50) en het verschoningsrecht (artikel 218). Onder dat laatste wordt begrepen respect voor de vertrouwensrelatie tussen raadsman en cliënt in andere situaties dan die waarin het gaat om het afleggen van getuigenverklaringen, met name bij de toepassing van dwangmiddelen zoals inbeslagneming (artikel 98), aftappen van telefoon, fax, email en dergelijke. De privileges hebben een iets andere status dan de eerder genoemde processuele rechten, omdat zij niet zonder meer teruggevoerd kunnen worden op de rechten van de verdachte, ook al dienen ze mede ter versterking van diens zwijgrecht.

De structuur van het Wetboek van Strafvordering is wat de positie van de verdediging aangaat op zichzelf helder en duidelijk: de verdachte is *dominus litis* en de positie van de raadsman is een afgeleide van de verdachte. Door het ontbreken van verdere inhoudelijke bepalingen over hoe er verdedigd moet worden is de autonomie van de verdediging erkend. Daar waar gevreesd wordt dat de verdediging roet in het eten van de waarheidsvinding kan gooien worden de verdedigingsrechten (tijdelijk) beperkt.³³

De problemen met betrekking tot de helderheid van de positie van de verdediging zijn tot op grote hoogte het gevolg van het toenemend beroep dat van de

³² Zie uitgebreider Spronken, a.w., § 2.4.2-§ 2.4.3.5.

³³ Dit is mogelijk ten aanzien van vrijwel alle bevoegdheden in het vooronderzoek, die steeds kunnen worden beperkt als het belang van het onderzoek zich tegen de uitoefening daarvan verzet.

kant van de verdediging wordt gedaan op de harder geformuleerde verdedigingsrechten van het EVRM. Wanneer dan vervolgens het EHRM inderdaad oordeelt dat de positie van de verdediging naar Nederlands procesrecht tekort schiet, zijn aanpassingen nodig, waarbij ofwel erg formalistisch te werk wordt gegaan door Hoge Raad of wetgever, ofwel zodanige aanpassingen worden aangebracht dat de verdediging er weinig mee opschiet of erger: in een positie wordt gedrongen waarin aan de oorspronkelijke helderheid afbreuk wordt gedaan. Een paar voorbeelden.

In de bekende arresten Kostovski en Van Mechelen heeft het EHRM zijn afkeuring uitgesproken over de manier waarop in het Nederlandse strafproces werd omgesprongen met anonieme getuigen. Daarbij heeft het EHRM benadrukt dat de verdediging, ook bij het verhoor van anonieme getuigen, de gelegenheid moet krijgen om zelfstandig de betrouwbaarheid van deze getuigen te toetsen. In de Nederlandse rechtspraak worden deze uitspraken echter terughoudend geïnterpreteerd. Als de verdediging maar op enigerlei wijze in de gelegenheid is gesteld aan de getuige vragen te doen stellen, desnoods schriftelijk, dan wordt ervan uitgegaan dat er is voldaan aan de vereisten van artikel 6 lid 3d van het EVRM.³⁴

Een ander voorbeeld betreft de verdediging bij verstek. Het uitgangspunt van de wetgever dat de positie van de raadsman afgeleid is van die van de verdachte werd door de Hoge Raad zo uitgelegd dat de raadsman juridisch niet ter zitting aanwezig was in die gevallen waarin de verdachte zelf verstek liet gaan. In de arresten Lala en Pelladoah van het EHRM is echter voorrang gegeven aan het recht op verdediging zelfs al is de verdachte zelf niet aanwezig, waarmee de Nederlandse rechtspraak op dit punt onhoudbaar was geworden. De Hoge Raad paste zich aan maar ondanks dat greep ook de wetgever nog in. Het nieuwe artikel 279 bevat nu de bepaling dat de verdachte die niet is verschenen zich kan laten verdedigen door een *advocaat die verklaart daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd*, in welk geval de behandeling van de zaak geacht wordt op tegenspraak te hebben plaatsgevonden, met alle gevolgen voor de beroepstermijn van dien. Door in de codificatie van de Straatsburgse jurisprudentie een fictie toe te voegen waardoor het effect van een behandeling op tegenspraak wordt bereikt, wordt in wezen van het oordeel van het EHRM weer wat afgeknabbeld. Weliswaar is verdediging *bij verstek* nog steeds mogelijk, maar de bevoegdheden die de raadsman in het kader van een dergelijke verdediging heeft zijn nog steeds onduidelijk. Uit de uitspraak van het Hof Den Haag in de Bouterse-zaak³⁵ blijkt dat dit hof van oordeel is dat een volwaardige verdediging bij verstek alleen is toegestaan als het ontbreken van een machtiging van de verdachte aan de raadsman niet verwijtbaar is. Daarmee is het 'klemmende redenen' criterium dat in de Nederlandse rechtspraak gold vóór de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah weer van stal gehaald, niet ter beoordeling van de vraag

34 Zie T. Spronken, Anonieme getuigen, een 'continuing story' in: R.A. Lawson en E. Myjer, 50 jaar EVRM, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 2000, p. 115-135.

35 Hof Den Haag 30 juni 2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192.

of de raadsman bij verstek al dan niet mag optreden, maar ter beoordeling van de vraag welke bevoegdheden de raadsman bij verstek mag uitoefenen. Zo worden de gunstige gevolgen voor de verdachte van een berechting bij verstek 'bestraft' door een belemmering van de inhoudelijke verdediging. Intussen is hierdoor ook de positie van de raadsman ten opzichte van zijn cliënt vertroebeld: als hij verklaart tot de verdediging te zijn gemachtigd neemt hij daarmee het risico op zich dat hij niet tijdig contact met zijn cliënt kan leggen om overleg te plegen over het instellen van rechtsmiddelen en stelt hij zijn cliënt bloot aan eenvoudiger executie van het vonnis dan zonder die verklaarde machtiging het geval zou zijn. Het resultaat is dan dat de verdachte een processuele prijs betaalt voor het gebruik maken van zijn recht op verdediging.

Een laatste voorbeeld van onduidelijkheid in de positie van de verdediging die is ingeslopen door de vertaling van Straatsburgse normen in het Nederlandse strafproces biedt het nieuwe artikel 50a. Omdat de wetgever begreep dat uitsluiting van de raadsman voor zes dagen conform artikel 50 lid 2 op gespannen voet staat met artikel 6 EVRM, is dit artikel ingevoegd om aan de veronderstelde eisen van het verdrag (rechtspraak is hier nog niet over) te voldoen door toevoeging van een tijdelijke raadsman. De bevoegdheden van deze raadsman met betrekking tot diens contacten met de tijdelijk uitgesloten raadsman zijn echter niet geregeld, maar ervan uitgaande dat het niet de bedoeling is dat via het raadslidenoverleg de effecten van de uitsluiting illusoir worden, is een interpretatie van dit (nog niet toegepaste) artikel door straf- of tuchtrechter die aan het contact tussen die raadsliden beperkingen oplegt, niet onwaarschijnlijk. Ook dat zou een rolvervaging van de positie van de raadsman ten opzichte van zijn cliënt betekenen.

Wij zijn van mening dat de raadsman niet moet worden ingeschakeld voor andere belangen dan die van zijn cliënt. Dit betekent dat aan de raadsman geen taken worden opgelegd die niet in het belang van en binnen het kader van de opdracht van zijn cliënt vallen. Omgekeerd moeten aan hem – buiten de privileges ter ondersteuning van de vertrouwensrelatie, waarover hierna meer – ook geen bevoegdheden worden gegeven die niet aan zijn cliënt toekomen.³⁶ Dat is het geval wanneer bijvoorbeeld aan de raadsman inzage van bepaalde stukken wordt gegeven die de verdachte zelf niet mag zien³⁷ of wanneer de raadsman wordt toegestaan onderzoekshandelingen bij te wonen die de verdachte zelf niet mag bijwonen. De verdachte gaat zijn raadsman dan onherroepelijk zien als iemand die wel het vertrouwen van justitie heeft en die dingen mag weten die hij niet mag weten. Door aan de raadsman meer bevoegdheden toe te kennen dan aan de verdachte, worden de rechten van de verdediging in feite beperkt. Bevoegdheden die in beginsel aan de verdachte toekomen, worden als het beter uitkomt, alleen aan de raadsman toegekend. Formeel wordt dan aangenomen dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet is gekomen. Miskend

36 Spronken, *a.w.*, § 4.5.1.

37 Zie T. Prakken, *Het Wetboek van Strafvordering* (losbladig), suppl. 177, aant. 7 bij de artt. 37-51.

wordt echter, dat een dergelijke gesplitste bevoegdheidstoedeling ernstige negatieve gevolgen kan hebben, zowel voor de vertrouwensrelatie tussen de raadsman en de verdachte, als voor een effectieve verdediging en daardoor ook een bedreiging vormt voor de kwaliteit van de rechtspleging.³⁸

De privileges van de raadsman – het vrij verkeer met zijn gedetineerde cliënt en het verschoningsrecht en de daarmee verbonden voorrechten bij de toepassing van dwangmiddelen – zijn niet direct afgeleid van de rechten van de verdachte, al staan zij wel in dienst daarvan. Het zijn instrumenten die het de raadsman mogelijk maken zijn verdedigingstaken behoorlijk uit te voeren. De advocatuur is traditioneel een vertrouwensberoep en dat wordt in het strafproces wel heel saillant. De verdachte moet zijn raadsman in vertrouwen kunnen nemen, wat in de context van een tegen hem gevoerd strafproces alleen mogelijk is wanneer die vertrouwenspositie rechtens beschermd wordt. Daartoe dienen de privileges. Wanneer de raadsman geen of geen inhoudelijk ongecontroleerde toegang tot zijn gedetineerde cliënt zou hebben, zou de vertrouwensrelatie een illusie worden en hetzelfde geldt wanneer de raadsman gedwongen zou kunnen worden door het afleggen van een getuigenis of door het doen van huiszoeking of het tappen van zijn telefoon mee te werken aan het bewijs tegen zijn cliënt. De privileges zijn dus absoluut noodzakelijk voor een behoorlijke uitoefening van de verdediging. Van de raadsman kan verwacht worden dat hij zijn privileges alleen gebruikt voor het doel waarvoor zij gegeven zijn: de verdediging binnen de grenzen van het recht. Het smokkelen van zaken in of uit het huis van bewaring die niet dienen voor de verdediging is uiteraard niet toegestaan en bescherming van kantoor en woning van de raadsman tegen huiszoeken betekent dat de raadsman van zijn privilege misbruik maakt wanneer hij de buit of andere *corpora delicti* daar verbergt. Daarover bestaat wel eensgezindheid. Waarover geen eensgezindheid meer bestaat is de reikwijdte van met name de bescherming van het vertrouwelijk contact tegen dwangmiddelen. Wat dat betreft is een aantal bedenkelijke ontwikkelingen aan de gang.

Tot voor kort was het nog zo dat in geval van huiszoeking bij een advocaat het de advocaat zelf was die uitmaakte welke stukken op zijn kantoor beschermd werden omdat zij vielen onder zijn geheimhoudingsplicht. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 30 november 1999³⁹ is de enkele verdenking dat de raadsman betrokken is bij een crimineel samenwerkingsverband met zijn cliënt voldoende om niet alleen de bevoegdheid tot inbeslagneming van documenten niet conform artikel 98 te beperken tot die geschriften en brieven die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben, maar ook om het oordeel over de reikwijdte van het verschoningsrecht aan de raadsman te onttrekken en over te dragen aan de rechter-commissaris. Niet ontkend wordt dat er een probleem ontstaat wanneer de advocaat blijkt geeft van criminele betrokkenheid bij zijn cliënt, maar wij vinden het bedenkelijk dat het alleen de officier

38 Spronken, *a.w.*, § 2.5.7.

39 HR 30 november 1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1.

van justitie is die het in zijn macht heeft, door een verdenking in die richting uit te spreken, of het verschoningsrecht van de raadsman gerespecteerd wordt of niet. De positie van de raadsman als geheimhouder is nog meer verzwakt bij de invoering van de Wet herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.⁴⁰ De in deze wetten geregelde opsporingsbevoegdheden in de Titels IVa-Va kunnen tegen advocaten worden aangewend, ook als de advocaat geen verdachte is.⁴¹ De enige bescherming die geboden wordt, is de vernietigingsplicht van de officier van justitie op grond van artikel 126aa van processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen bevatten door of aan een geheimhouder. Een saillant gegeven is dat deze vernietiging uiteraard pas kan plaatsvinden nadat de opsporingsinstanties hebben kunnen kennismaken van de vertrouwelijke informatie. Uit oogpunt van de bescherming van het verschoningsrecht biedt het Wetboek van Strafvordering zeer ongelijkwaardige regelingen: alleen de rechter-commissaris is bevoegd een kantoor van een advocaat te doorzoeken en in beginsel beslist de advocaat bij een doorzoeking welke informatie onder zijn geheimhoudingsplicht valt,⁴² terwijl bijvoorbeeld bij het observeren of direct af luisteren van een advocatenkantoor – opsporingsmiddelen die veel diepgaander ingrijpen in de privacy dan een doorzoeking – weliswaar een machtiging van de rechter-commissaris is vereist, maar het oordeel over de te vernietigen vertrouwelijke informatie aan de officier van justitie toekomt.⁴³

Deze voorbeelden maken duidelijk dat de noodzakelijke transparantie voor de burger met betrekking tot de mate van vertrouwelijkheid van wat zich in het contact tussen raadsman en verdachte afspeelt, niet meer vanzelfsprekend is. Aangezien die vertrouwelijkheid de hoeksteen van de verdediging is, zijn deze ontwikkelingen in hoge mate te betreuren.

Samenvattend kunnen wij vaststellen dat de positie van de raadsman en de verdachte de helderheid ontberen die noodzakelijk is voor het goed kunnen functioneren van de verdediging. De verdachte hoort ervan uit te kunnen gaan dat zijn recht op verdediging door een raadsman betekent dat die raadsman dan ook alleen in zijn belang optreedt en niet daarnaast door de wetgever wordt belast met allerlei taken in het belang van een vlotte afhandeling van strafzaken of de opsporing van strafbare feiten. De raadsman op zijn beurt moet weten dat hij de verdediging kan en moet voeren in opdracht van zijn cliënt en in diens belang en dat hij zich daarbij alleen aan de wet en aan de normen van zijn beroepsgroep heeft te houden. Hij moet er voorts op kunnen vertrouwen dat zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van zijn cliënt bij de uitoefening van dwangmiddelen wordt ontzien.

40 Wet Herziening GVO, 27 mei 1999, Stb. 243 en Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, 27 mei 1999, Stb. 245 beide in werking getreden op 1 februari 2000.

41 Kamerstukken II 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 40 en p. 77.

42 Spronken, *a.w.*, § 2.10.6.4.

43 Zie voor de gebrekkige rechtsbescherming van het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht bij de toepassing van de opsporingsbevoegdheden van de Titels IVa-Va: Spronken, *a.w.*, § 2.10.7.2 en § 2.10.7.3.

6 Accountability van de raadsman zelf

Effectieve rechten in de beginfase van het proces kunnen het niet zonder regels voor de raadsman stellen. In verband met de onafhankelijkheid van de raadsman moet de toetsing van diens gedrag niet door de zittingsrechter maar door de tuchtrechter gebeuren.⁴⁴ In dat kader is het aan te bevelen voor het optreden van advocaten in strafzaken aparte gedragsregels op te stellen. De huidige Gedragsregels voor advocaten 1992 zijn niet specifiek geschreven voor de problematiek waarmee de advocaat in strafzaken wordt geconfronteerd. Onderwerpen die vragen om een *code of conduct* voor de verdediging zijn bijvoorbeeld gelegen in de sfeer van het omgaan met bewijs, de bevoegdheden van de raadsman om in het vooronderzoek ontlastend bewijs te verzamelen als de cliënt in alle beperkingen zit, het zelfstandig horen van getuigen ter voorbereiding van een getuigenverhoor en specifiek op de strafpraktijk gerichte regels over de bescherming van de *dominus litis* positie van de verdachte in het strafproces. Daarnaast zouden er regels moeten komen op grond waarvan de verdachte zijn raadsman kan houden aan gemaakte afspraken over de verdediging, zoals bijvoorbeeld een desaveu-procedure. De consequenties van een desaveu horen wel in het proces door te werken: met succes gedesavoueerde rechtshandelingen van de raadsman moeten teruggedraaid kunnen worden. Open wordt nog maar even gelaten wie over een ingeroepen désaveu zou moeten beslissen, de tuchtrechter met rechtsgevolgen in het strafproces of een strafvorderlijke raadkamerprocedure?

7 Conclusies

Adequate inpassing van de meest effectieve rechten die uit artikel 6 EVRM zijn af te leiden in onze inquisitoire procedure blijft tot op zekere hoogte het zoeken naar de kwadratuur van de cirkel. De Straatsburgse jurisprudentie stelt duidelijke voorwaarden, daar waar het gaat om het contradictoire gehalte van het strafproces. Daarom is het gebrek aan effectieve inbreng van de verdediging in de fase van de opsporing langzamerhand een anachronisme dat niet meer kan worden volgehouden en dus niet meer moet worden gehandhaafd. Wij menen dat, bij het zoeken naar structuren de verdediging te laten participeren in het vooronderzoek, moet worden afgezien van ficties, die erop neerkomen dat de raadsman zonder mandaat van zijn cliënt functies krijgt toebedeeld met het oog op een vlot verloop van de strafrechtelijke keten. Onrustbarend is dat de procedurele bescherming van het beroepsgeheim bij de toepassing van dwangmiddelen steeds verder afkalft waardoor de ratio van het beroepsgeheim, namelijk dat de burger zich vertrouwelijk moet kunnen wenden tot de advocaat, op de tocht komt te staan.

44 Voor een beoordeling van het optreden van de raadsman door de strafrechter en het sanctioneren van eventueel ongeoorloofd optreden van de raadsman binnen het strafproces wordt gepleit door T. Blom en A.R. Hartmann, Verdediging in strafzaken, in: G. Knigge en M.S. Groenhuijsen, 2000, a.w. p. 215-221.

De bestaande regelgeving op dit gebied zou aan een kritische herziening moeten worden onderworpen.

Tenslotte moet de verhouding tussen de raadsman en de verdachte verduidelijkt worden en het karakter van de lastgeving worden benadrukt, waarbij vooral van belang is dat die lastgeving niet mag worden overschreden. Een désaveu moet gevolgen hebben in de strafzaak, anders heeft de verdachte er een tegenstander bij.